

## CAPÍTULO 21

# PLURALISMO JURÍDICO

Pablo IANNELLO\*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Antecedentes y surgimiento del pluralismo jurídico*. III. *Contribuciones en la conceptualización del pluralismo jurídico*. IV. *El pluralismo jurídico y la teoría de sistemas*. V. *Límites y Críticas al Pluralismo Jurídico*. VI. *Perspectivas sobre el concepto de pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico en la práctica. Un caso paradigmático*. VI. *Conclusiones* VII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

El pluralismo jurídico ha sido entendido como uno de los conceptos clave en la visión postmoderna del derecho, en la cual se da la coexistencia de espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados, y la vida de la gente está alcanzada por la inter-legalidad de dichos sistemas normativos.<sup>1</sup> Por tales motivos esta idea ha cobrado una gran importancia a la hora de entender el derecho en una sociedad global y multicultural.

La visión tradicional del pluralismo jurídico surgió como una expresión de resistencia a la posición dominante de los estados nación a partir de los procesos de descolonización que tuvieron lugar durante las décadas del 50, 60 y 70. A partir de los estudios que la antropología legal había elaborado con anterioridad, los teóricos del derecho intentaron esbozar teorías cuya pretensión era mostrar que aquello que había sido denominado como “derecho” por los juristas a partir del siglo XVII y XVIII resultaba insuficiente para explicar una cantidad de comportamientos observados en diferentes sociedades no occidentales. A partir de allí se intentó proponer una teoría que mostrara la insuficiencia de las categorías contractualistas clásicas para permitir la inclusión de diferentes realidades culturales con sus propias

\* Director del departamento de Ec. y Cs. Políticas ESEADE. Profesor UADE – UBA.

<sup>1</sup> Sousa Santos, Bonaventura de, “Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law”, *Journal of Law and Society*, vol. 14, núm. 3, 1987, pp. 279-302.

nociones de normatividad. En esta línea Sousa Santos expone al respecto que:

La lógica operativa del contrato social se encuentra, por lo tanto, en permanente tensión con su lógica de legitimación. Las inmensas posibilidades del contrato conviven con su inherente fragilidad. En cada momento o corte sincrónico, la “contractualización” es al mismo tiempo abarcadora y rígida; diacrónicamente, es el terreno de una lucha por la definición de los criterios y términos de la exclusión/inclusión, lucha cuyos resultados van modificando los términos del contrato.<sup>2</sup>

Sin embargo esta concepción ha planteado serios inconvenientes con el concepto de derecho, como así también con la determinación de los verdaderos límites del fenómeno legal.

Las siguientes líneas buscan presentar una descripción de las diferentes posiciones dentro de la corriente denominada pluralismo jurídico, como así también la evolución que ha presentado este pensamiento dentro del derecho. Luego se presentan las principales críticas que ha soportado la noción de pluralidad de órdenes normativos y las posibles respuestas a las mismas. A partir de allí se desarrollan brevemente algunas inconsistencias sobre la idea de pluralismo jurídico y la innecesaridad de algunas categorías tradicionales propuestas por este enfoque. Finalmente se presentan algunas líneas, a modo de conclusión, que podrán servir para futuras investigaciones.<sup>3</sup>

## II. ANTECEDENTES Y SURGIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Los antecedentes más remotos del pluralismo jurídico pueden encontrarse en las primeras explicaciones del derecho como fenómeno social. Esta idea está basada en la afirmación que aun las sociedades más antiguas poseían algún tipo de orden el cual podía calificarse como jurídico. La literatura considera a Sir Henry Maine como uno de los pioneros en estudiar la evo-

<sup>2</sup> Sousa Santos, Bonaventura de, *Reinventar la democracia, Reinventar el estado*, Sequitur, Madrid, 1999, p. 51.

<sup>3</sup> Toda vez que el pluralismo jurídico encontró sus raíces en la antropología legal, muchos de los estudios referidos al tema cuentan con investigaciones de campo culturas no occidentales. En tanto este trabajo busca analizar la teoría en abstracto desde un ángulo filosófico y no sociológico o antropológico, he intentado realizar la menor cantidad de referencias posibles hacia dichos tipos de trabajo sin que ello implique restarle importancia a aquellas contribuciones, pues fueron las que permitieron elaborar los conceptos fundamentales del pensamiento en estudio.

lución de las estructuras jurídicas de las sociedades primitivas a partir de las nociones de parentesco/individuo y estatus/contrato.<sup>4</sup>

Otros antecedentes pueden encontrarse en teorías de corte netamente sociológico. Así Durkheim también contribuirá al estudio de las relaciones entre el derecho y la sociedad, formulando a la vez una crítica contundente a la noción individualista planteada por el contractualismo de Hobbes y Locke. Frente a la teoría del contrato social, Durkheim estructurará su explicación del derecho como fenómeno de solidaridad mecánica y orgánica. De esta manera lo jurídico resulta una manifestación de las condiciones sociales existentes. En esta línea Radcliffe-Brown, sin negar la idea de solidaridad durkhemiana, entiende que las normas dependerán de la estructura social; la cual es definida como conjunto de pautas entre individuos y grupos. En esta propuesta, la función del derecho es mantener el equilibrio funcional y su violación genera la aplicación de sanciones que tiene por finalidad restaurarlo. Finalmente, Pritchard desarrolló la idea de selección situacional, según la cual los protagonistas en una situación de conflicto seleccionaban dentro de un menú de opciones normativas aquellas que mejor se adecuaban a sus objetivos para resolver un conflicto.<sup>5</sup>

También en la obra de Malinowski puede encontrarse una definición del derecho asociada a la idea de control social. Según este autor el derecho debía definirse por su función y no por su forma. En tal sentido, la función del derecho era la de mantener el orden social, el cual puede encontrarse en pautas regularizadas de comportamiento concreto. Así, el derecho son abstracciones de pautas concretas de comportamiento que resultan del orden social. De esta forma el derecho es tan plural como la sociedad misma.<sup>6</sup>

Por su parte, Eugene Elrich también contribuyó con la evolución del concepto de pluralismo jurídico.<sup>7</sup> A partir de la idea de “derecho viviente” propone la idea de que derecho no es sinónimo de centralismo estatal. El derecho ordena cada tipo de asociación humana y a partir de estas asociaciones se producen normas de control social a partir de las cuales surge el derecho.

<sup>4</sup> Merry, Sally Engle, “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 5, 1988, pp. 869-896.

<sup>5</sup> Malinowsky, Bronislaw, “Crime and Custom In Savage Society”, London, Routledge, 1926.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>7</sup> Elrich, Eugene, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1968.

Lo que más vale la pena destacar del trabajo del Elrich no es el concepto de derecho vivo en la manera que hoy se comprende, es decir como pluralidad de órdenes normativos, sino que lo que se entiende por derecho se encuentra vivo en la cotidianidad de una sociedad.<sup>8</sup>

Elrich distinguió el derecho vivo de aquel contenido en las proposiciones normativas que resultaban aplicadas por las cortes. El derecho era en cambio la práctica de lo que la sociedad denominaba derecho.<sup>9</sup> Entiendo que una de sus principales contribuciones a la noción de pluralismo jurídico proviene de enfocar el estudio del derecho desde las condiciones de adaptabilidad de las normas.<sup>10</sup>

A partir de las décadas del sesenta y setenta floreció la tendencia de analizar al derecho desde una perspectiva diferente de la denominada *centralismo jurídico*. Las causas que favorecieron este tipo de estudios estuvieron asociadas, como ya se mencionó, con el proceso de descolonización de África y Asia; como así también un renovado interés por parte de los juristas en el estudio del derecho de dichos pueblos. Fue entonces que el derecho abordó una serie de estudios que tradicionalmente habían estado relegados a la antropología. Los teóricos del derecho necesitaron conceptualizar estructuras normativas que muchas veces no encuadraban en la estructura propia de los estados occidentales en términos propios, independientes de la antropología, que permitieran capturar los problemas de la existencia de “otras formas de derecho”.

El estudio del pluralismo jurídico implica un amplio rango de propuestas, que abarcan desde las interrelaciones entre sistemas jurídicos de tradición occidental y órdenes normativos indígenas; hasta el estudio de diferentes sub sistemas jurídicos existentes en la países industriales. Cada una de estas propuestas conlleva una definición propia del fenómeno del derecho plural. En la actualidad algunos juristas han entendido que el concepto de pluralismo jurídico es fundamental para la construcción de una teoría del derecho postmoderna y global.<sup>11</sup>

La literatura ha realizado diferentes clasificaciones del concepto de pluralismo jurídico entre los estudios referidos al “pluralismo clásico” y el denominado “nuevo pluralismo jurídico”. El primero de los conceptos se conecta con los estudios jurídicos basados en la recepción de derechos oc-

<sup>8</sup> Tamahana, Brian, “A Vision of Social Legal change: Rescuing Ehrlich from ‘Living Law’”, *Law & Social Inquiry*, vol. 36, núm. 1., 2011, pp. 297-318.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 298.

cidentales con tradiciones jurídicas indígenas. Un ejemplo de este tipo de estudios radica en las comparaciones que se han realizado respecto de noción de propiedad occidental vs. la justificación de la ocupación de la tierra por parte de los pueblos originarios. Mientras que los pueblos indígenas tienen con la tierra una relación de naturaleza espiritual, con claros contenidos de religiosidad; una relación que no se limita o, más propiamente, trasciende a la esfera estrictamente patrimonial o económica; la concepción occidental de propiedad consiste en la existencia de un título que justifique dicha posesión.<sup>12</sup>

La realización de este tipo de estudios sobre la coexistencia de órdenes normativos generó, más allá de su riqueza etnográfica, una serie de conceptos que fueron luego aplicados al estudio de sociedades no colonizadas. Entre los principales se han mencionado: a) la interacción de diferentes órdenes jurídicos con estructuras conceptuales sustancialmente diferentes; b) la atención dedicada a la elaboración de la costumbre histórica en una cultura jurídica determinada; c) la dialéctica que pueda existir entre los órdenes jurídicos coexistentes.<sup>13</sup>

Un cambio en el enfoque de los estudios sobre pluralismo jurídico se dio en la década de 1970. A partir de ese momento se iniciaron nuevos estudios que aplicaron la idea de órdenes jurídicos múltiples a sociedades no colonizadas. Ello fue producto del retorno a las aulas de los antropólogos que habían realizado trabajo de campo durante los años cincuenta y sesenta. Este nuevo enfoque busca relacionar la existencia de distintos niveles normativos que coexisten en una sociedad en un determinado momento y que si bien se encuentran interconectados poseen algún tipo de independencia respecto del orden central. Claro que estas nuevas propuestas tenían sus propias dificultades. Concretamente en este caso ocurría que las formas de órdenes normativos no estatales resultaban más difíciles de detectar.

Sin perjuicio de las clasificaciones previamente mencionadas, el denominador común que se puede encontrar en los estudios sobre pluralismo jurídico es un desplazamiento del estudio de las normas generadas por el aparato propio del Estado, análisis propio de la tradición racionalista positivista, a otras formas de ordenamiento normativo generadas más allá de los límites del estado.

Desde una perspectiva crítica se sostiene que el pluralismo jurídico surgió con un objetivo principalmente instrumental, que consistió en combatir

<sup>12</sup> Vázquez, Gabriela, "La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009." *Suplemento Jurisprudencia Argentina* de 25/11/2009.

<sup>13</sup> Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *op. cit.*, p. 873.

la pretensión de lo que se denomina centralismo jurídico. Ello porque el derecho desarrollado por el estado no es verdadero derecho. Las concepciones que intentan explicar el fenómeno jurídico desde una perspectiva intercultural rechazan la idea de un derecho estatal simplemente porque el estado es una realidad contingente geográfica y temporalmente.

### III. CONTRIBUCIONES EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO

Desde las perspectivas antropológicas se ha aceptado que una de las conceptualizaciones más acabadas de pluralismo jurídico fue aquella desarrollada por Leopold Pospisil.<sup>14</sup> Este autor fue uno de los primeros en sostener una visión amplia del pluralismo jurídico no reducida a la definición estatal/no estatal. En su definición se establece que cada sociedad se articula en subgrupos y cada uno de ellos tiene su propio sistema legal el cual es necesariamente diferente al menos en algún aspecto.<sup>15</sup> Por subgrupos se entienden diferentes unidades que pertenecen a una sociedad homogénea con características estamentarias y que responden a ciertas reglas y procedimientos similares. Aquí la noción de sistema legal es un poco más amplia que la idea clásica del “positivismo austriaco” (ver, POSITIVISMO JURÍDICO) e incluye los sistemas de decisión judicial, como así también la idea de órdenes normativos no legales.<sup>16</sup> Esta propuesta permite identificar la existencia del derecho en subgrupos con independencia de la existencia de la concepción de la sociedad como un todo, de tal manera que no hay sociedad que tenga un único sistema legal coexistente, sino más bien tantos subsistemas como subgrupos existan. La existencia de niveles jurídicos múltiples plantea una visión estructuralista del fenómeno en estudio. Sin embargo el autor no realiza un estudio sobre la manera en que se estructuran estos sistemas normativos.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Pospisil, Leopold, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971.

<sup>15</sup> Griffiths, John, “What is Legal Pluralism”, *Journal of legal Pluralism*, vol. 24, 1984, pp. 1-55.

<sup>16</sup> Merry, Sally Engle, “Legal Pluralism”, *op. cit.*, p 870.

<sup>17</sup> Sierra, María Teresa y Chenaut Victoria, “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: Las corrientes anglosajonas”, Krot, Esteban (ed.) *Antropología jurídica: Perspectivas socio culturales en el estudio del derecho*, Editorial Antrophos, Barcelona, 2002, pp. 113-118.

Desde las definiciones propuestas por el derecho, la de Hooker ha sido una de las más difundidas. Este autor afirma que el pluralismo jurídico puede entenderse como aquellas circunstancias en el mundo contemporáneo que han resultado de la transferencia de sistemas legales a entornos culturales diferentes. Desde este punto de vista, un sistema jurídico es pluralista cuando existen diferentes regímenes normativos soberanos y cuando existe algún tipo de relación entre los regímenes paralelos y el sistema central.<sup>18</sup>

Sin lugar a dudas una de las contribuciones centrales a la idea de pluralismo jurídico fue la propuesta por John Griffiths, quien realiza la distinción entre el concepto de pluralismo jurídico propio de las ciencias sociales y la proposición jurídica del citado concepto. El primero refiere a una determinada situación empíricamente comprobable en una sociedad determinada, resultante de la coexistencia dentro de un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un único sistema; el segundo resulta de la coexistencia de dos órdenes jurídicos que se generaron a partir del proceso de colonización por parte de los países.<sup>19</sup>

Este autor parte de la idea de que una de las herencias principales de la sociedad burguesa moderna es la idea de un orden legal estatal de tipo centralizado. El derecho del estado ha sido concebido de manera uniforme para todos los individuos pertenecientes al mismo, con exclusión de cualquier otro tipo de sistema legal y administrado por un cuerpo centralizado de instituciones. En este tipo de estructuras, las normas se encuentran unificadas y jerarquizadas pudiendo observarse dos direcciones: de arriba hacia abajo, dependiendo del mandato soberano; o de abajo hacia arriba, derivando su validez de normas más generales hasta alcanzar algún tipo de norma fundamental.<sup>20</sup>

Griffin afirma que, el carácter prescriptivo que han adoptado la mayoría de las explicaciones legales provenientes del centralismo legal, ha impedido el desarrollo de una teoría descriptiva del fenómeno del derecho. Las concepciones sobre lo que el derecho es han reflejado la idea de lo que el derecho debe ser. De esta manera, tanto los juristas como los científicos sociales se han visto privados de poder observar lo que el derecho verdaderamente es, lo cual va más allá de la idea de una jerarquía organizada de normas establecidas por el estado. A partir de esta idea, el pluralismo jurí-

<sup>18</sup> Merry, Sally. "Legal Pluralism", *op cit.*, p. 872.

<sup>19</sup> Griffiths, John, "What is Legal Pluralism", *op. cit* p. 17.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 18.

dico estará constituido por los hechos observables por el científico mientras que el centralismo jurídico será un mito.<sup>21</sup>

En esta línea existen dos tipos de pluralismo jurídico: el fuerte y el débil. El primero es aquel que se entiende refleja el verdadero estado de los hechos de una sociedad, es decir un estado empírico del derecho en una sociedad; el segundo se refiere a un estado en el cual el soberano otorga validez a diferentes sistemas jurídicos permitiendo una coexistencia de los mismos. La noción de pluralismo jurídico débil conlleva necesariamente la idea de un centralismo jurídico débil.

La idea de pluralismo jurídico débil suele estar asociada a sociedades colonizadas en las cuales el orden legal central reconoce la existencia de costumbres jurídicas anteriores. Un claro ejemplo de este tipo de pluralismo jurídico es el que existió a partir de 1772 en los territorios administrados por la Compañía de Indias Orientales. Este tipo de procesos conlleva la idea de reconocimiento de las normas preexistentes las cuales deberán adaptarse a las categorías del régimen legal central.

El pluralismo jurídico no es entonces simplemente la oposición a un régimen jurídico monista. En otros términos, la existencia de diferentes reglas aplicables a diferentes estratos de la población no constituye en sí mismo la existencia de un orden jurídico plural en el sentido fuerte del término, pues como ya se indicó, puede existir el fenómeno del reconocimiento por parte de un estado de diferentes sistemas normativos.<sup>22</sup>

En la teoría de Griffith el pluralismo jurídico resulta de la organización jurídica de la sociedad, en tanto el derecho es uno de los mecanismos de control social disponible en diferentes ámbitos sociales, por lo tanto la coexistencia de sistemas normativos es congruente con la organización de la sociedad.<sup>23</sup>

Otra contribución central a la idea de pluralismo jurídico fue la propuesta por Jacques Vanderlinden, a la luz de las críticas que los juristas formularon al concepto de derecho estatal.<sup>24</sup> En su propuesta se distinguen tres aspectos fundamentales: a) el cuestionamiento existente del derecho como fenómeno legislativo cuyo resultado es la norma; b) la idea que todo ordenamiento jurídico tiene vocación totalitaria y esto lo diferencia de otros mecanismos reguladores, sin perder de vista que el derecho es un

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>24</sup> Vanderlinden, Jacques, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la Recherche Juridique*, 1993, núm. 2, pp. 572-585.



sistema regulador de la sociedad como tantos otros; c) toda sociedad practica una multiplicidad de sistemas jurídicos. Con lo cual toda sociedad es plural en cuanto a sus normas, por lo que no puede haber espacio para el monismo estatal. La propuesta del autor para la comprensión del fenómeno plural consiste en la observación de las prácticas que cada individuo realiza en la selección de normas —“*manage de for*”— en las diferentes estructuras sociales a las que pertenece.<sup>25</sup>

Debido al vacío que existe en las prácticas legales y provisiones normativas por parte del derecho central, existe una pluralidad de leyes sobre las cuales los individuos pueden elegir. La novedad radica en que esta situación no describe una falencia del centralismo, sino más bien la manifestación positiva de conformidad con otros sistemas.<sup>26</sup>

Un avance fundamental en la conceptualización del pluralismo jurídico se produjo a partir de la idea de los campos sociales semiautónomos, que se caracterizan por la posibilidad de generar reglas y garantizar su aplicación e inducir a la conformidad con dicha regla. Cada uno de estos campos contiene sus propias costumbres, utilizando términos ya citados, contienen diferentes niveles de normas legales. Su rasgo distintivo proviene de la ausencia de autonomía y de asilamiento, pero a la vez es permeable a las reglas y decisiones que emanan de grupos más grandes.<sup>27</sup>

Estos campos semiautónomos no están atados a un único grupo social y por lo tanto no es necesario justificar de manera autónoma su naturaleza normativa, por lo que los campos externos influyen pero no dominan al subsistema.<sup>28</sup>

Una conceptualización más moderna que la de Griffiths, también muy aceptada dentro de la corriente en estudio, es la propuesta por Sousa Santos quien define el derecho como un cuerpo de procedimientos regulares y estándares normativos que pueden justificarse en cualquier grupo dado, vinculado a la creación de mecanismos para la prevención y arreglo de disputas a través de un discurso argumentativo asociado a la amenaza del uso de la fuerza.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 583-584.

<sup>26</sup> Baudouin, Dupret, “Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías críticas y reespecificación praxiológica”, *op. cit.*

<sup>27</sup> Moore, Sally, “Law and Social Change: The semiautonomous social field as an appropriate subject of study”, *Law & Society Review*, vol. 7, núm. 4, 1973, pp. 719-476.

<sup>28</sup> Vale mencionar que Moore luego reemplazo el término derecho de su definición de sistemas semi- autónomos reemplazándola por reglamentación.

<sup>29</sup> Sousa Santos, Bonaventura de, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995 y Tamahana, Brian, “A non Essentialist Version of legal pluralism”, *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, 2000, pp. 296- 321.

Esta definición tiene la particularidad de ser básicamente funcionalista, pues se basa en la noción de encontrar la función del derecho que no es otra que mantener el orden normativo en el grupo a través de la resolución de conflictos. A la vez, es esencialista en la medida en que enuncia los elementos que deben reunirse para la existencia de derecho. La falta de alguno de ellos hace que esa situación no pueda considerarse derecho. El problema de esta definición es que los elementos son demasiado amplios y permitirían que casi todo pudiera considerarse derecho.

Para solucionar esta amplitud de conceptos, el citado autor reduce el alcance definiendo seis compartimentos de estructuras sociales que se encuentran en estructuras normativas que permiten solucionar las disputas en el ámbito del hogar: la ley de producción, aquellas normas y reglas que solucionan los problemas en los sistemas de producción de bienes y servicios; las leyes de intercambio, aquellas normas y reglas que establecen los patrones de intercambio entre productores, mercaderes y consumidores; la ley de la comunidad que es utilizada por grupos hegemónicos u oprimidos y remarca identidades imperiales o defiende identidades minoritarias; la ley territorial o del estado aquella ley que gobierna la ciudadanía; y finalmente la ley sistémica, aquella que establece las formas legales globales que regulan las relaciones entre centro y periferia y las relaciones entre estados.<sup>30</sup>

Santos reconoce que los sistemas interactúan entre sí. Especialmente el derecho estatal interactúa en cada uno de los otros niveles.<sup>31</sup>

Hasta ahora podemos notar que las posturas pluralistas suelen caracterizarse en su sentido más clásico por marcar una tensión entre el derecho estatal y un sistema menor de derecho. La existencia de conflicto en el pluralismo jurídico parece una de sus notas esenciales. Sus proponentes encuentran inconsistencias en lo que se denomina derecho y lo que realmente es derecho. Principalmente porque lo que “se denomina” derecho proviene del “estado hegemónico”, mientras que existen campos normativos que escapan al derecho estatal y que también cumplen con las funciones propias de aquello que suele conceptualizarse como derecho.

Pero también existen propuestas no conflictivas del pluralismo. Masaji Chiba ha desarrollado su propuesta con una estructura diferente a la del conflictivismo. Este autor caracterizó al fenómeno plural como “la coexistencia de estructuras de diferentes sistemas legales ante el postulado de una

<sup>30</sup> Tamahana, Brian, “A non Essentialist Version of legal pluralism”, *op. cit.* pp. 302-303.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 303.

cultura legal”.<sup>32</sup> A partir de este concepto se propone una re-investigación de la dualidad propia del pluralismo jurídico en dos niveles, uno interno y otro externo.<sup>33</sup>

En su análisis interno se muestra que la dicotomía derecho *estatal/no estatal* no es completa. La existencia de un sistema de derecho positivo contempla además mecanismos de jerarquización de normas en donde se permite la incorporación y articulación con otros sistemas legales existentes, propios de cuerpos menores tales como sindicatos, universidades, incluso las comunidades de pueblos originarios. Por otro lado, el análisis interno muestra que la estructura típica de derecho positivo de un estado nación clásico se encuentra cada vez determinada por la influencia del sistema de derecho transnacional. Este derecho transnacional tiene injerencia en la determinación del lugar que ocupan los derechos no estatales dentro del derecho estatal. Por ejemplo, el reconocimiento de las culturas y tradiciones de los pueblos originarios producto de las convenciones existentes en materia de derechos humanos.<sup>34</sup>

Es cierto que el pluralismo jurídico puede mostrar conflictos existentes entre estructuras normativas. Lo importante no es solamente detectar el conflicto sino saber administrarlo de manera que pueda solucionar las causas que lo generan, de acuerdo a las convicciones sociales prevalecientes.<sup>35</sup>

Finalmente un punto no menor planteado por Chiba es el rol que cumple la subjetividad en la teoría del pluralismo jurídico. La subjetividad en el derecho ha derivado en lo que los pluralistas denominan policentrismo legal. Este concepto explora las condiciones de formación de lo jurídico a la luz de lo que el sujeto percibe como legal y que le permite decidir qué considerará derecho dentro de un menú de opciones posibles.<sup>36</sup>

#### IV. EL PLURALISMO JURÍDICO Y LA TEORÍA DE SISTEMAS<sup>37</sup>

Varios intentos de explicación sobre la pluralidad de sistemas normativos contienen elementos de la denominada teoría de los sistemas. Esta propues-

<sup>32</sup> Chiba, Masaji, “Other Phases of Legal Pluralism in the contemporary World”, *Ratio Juris*, vol. 5, núm. 3, 1998, pp. 228-45.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>37</sup> En el presente capítulo no se realiza una descripción de la teoría de sistemas, antes bien solo se utilizan sus conceptos para mostrar los intentos de acoplamiento de este tipo de discurso al pluralismo jurídico.

ta parte de la idea que las sociedades están constituidas por relaciones de comunicación y que los esfuerzos para comprender el derecho son realizados dentro de una sociedad, por lo tanto la comprensión del derecho está atado a la comunicación y como consecuencia al lenguaje.<sup>38</sup>

El análisis del pluralismo jurídico a partir de la teoría de sistemas puede encontrarse de manera clara en la propuesta de Teubner. En ella, el pluralismo jurídico no debe definirse como un conjunto de normas en conflicto, sino como una multiplicidad de procesos comunicativos que observa la acción social bajo el código binario de legal/ilegal.<sup>39</sup>

Para entender este código binario y a partir de allí la idea de sistemas plurales de normas, hay que poder explicar el sistema legal como autopoiesis. Esta explicación utiliza herramientas del denominado giro lingüístico apartándose de la sociología del derecho positivista. El derecho entendido como sistema autopoietico pretende mostrar que el sistema legal es auto-referenciado. Ello implica que el sistema produce y reproduce sus propios elementos a través de la interacción de los mismos.<sup>40</sup> En un sistema jurídico un sistema auto-referenciado conlleva una relación circular entre las decisiones legales y normas. Las decisiones legales son válidas porque se sostienen a partir de normas, las cuales son válidas sólo en términos de decisiones legales.<sup>41</sup>

La evolución de los sistemas legales debe entenderse como un conjunto de mecanismos de variación, selección y retención que pueden identificarse en el marco un subsistema, y de la interacción de estos mecanismos con mecanismos similares de otros subsistemas sociales.<sup>42</sup> A partir de allí la acción de los operadores jurídicos de un sistema en un momento determinado conlleva el desarrollo de determinadas estructuras jurídicas.<sup>43</sup>

Un concepto muy similar puede esbozarse en términos de la teoría evolutiva de juegos. La adaptación de la norma a un subgrupo de normas dentro de un sistema legal implica adaptar el elemento mutante para que los

<sup>38</sup> Luhman, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press. Oxford. 2004, p. 424.

<sup>39</sup> Teubner, Gunter, "Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, pp. 1443-1462.

<sup>40</sup> Teubner, Gunter, "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg", *Law and Society Review*, vol. 18, núm. 2, 1984, pp. 291-301.

<sup>41</sup> Paterson, John, "Reflecting on reflexive law", King, Michael & Thornhill Chris (ed.) *Luhman on Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, pp. 13-35.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>43</sup> Watson, Alan, *The evolution of Law*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1985, p. 18.

operadores jurídicos lo adopten de forma tal que generen la transición de una estrategia estable de equilibrio original a una nueva.<sup>44</sup>

En un sistema auto-referenciado con potencialidad de conflictos por la existencia de subsistemas, los jueces tendrán un papel preponderante ya que deberán elaborar un proceso de adaptación de la norma al sistema institucional, en tanto son quienes realizan la ponderación de la aplicación de las normas haciendo mérito de los intereses en conflicto. Sobre este punto, los jueces efectúan evaluaciones idiosincráticas con relación a los beneficios que obtienen en el caso particular y en el que deben optar entre seguir un parámetro establecido y adaptar una nueva regla.<sup>45</sup>

Una visión sistémica del pluralismo jurídico permite comprender mejor como actúan los distintos niveles de normas dentro de una sociedad o entre sociedades que tienen algún vínculo. Una propuesta de este estilo debe proponer la manera de articular los elementos del “no derecho” con el derecho estatal. Con este objetivo Teubner propone la noción de re-entrada al sistema.<sup>46</sup>

Esta noción busca solucionar las posiciones dialécticas de derecho/no derecho – derecho estatal/derecho no estatal. La idea consiste en capturar la representación de la dicotomía volviéndola parte del sistema. De esta manera, una dicotomía que puede llevar a una paradoja, pasa a formar parte del mundo generando un proceso de morfogénesis, entendiéndose por la situación en la cual si existe una paradoja y la misma no destruye las posibilidades de conocimiento del sujeto, entonces ese conocimiento se ve ampliado por un nuevo concepto.<sup>47</sup>

## V. LÍMITES Y CRÍTICAS AL PLURALISMO JURÍDICO

Pareciera razonable aquella afirmación que sostiene que una buena teoría del derecho es aquella que explica qué es el derecho.<sup>48</sup> De allí que para evaluar las pretensiones del pluralismo como teoría del derecho se debe analizar su poder explicativo respecto del fenómeno jurídico.

<sup>44</sup> Samuelson, Larry, *Evolutionary Games and Equilibrium Selection*, The MIT Press, Cambridge Massachussets, 1997, p. 17.

<sup>45</sup> Hadfield, Guillian, “Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law”, *Journal of Comparative Economics*, vol. 36, pp. 43-73.

<sup>46</sup> Teubner, Gunter, “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”, *The American Journal of comparative Law*, vol. 45, núm. 1., 1997, pp. 149 -169.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>48</sup> Bix, Brian. “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 609- 634.

La pretensión de esta corriente consiste en mostrar la incorrecta afirmación de que el derecho proviene de las creaciones legislativas desarrolladas a partir de lo que suele denominar *estado-nación*. Como ya se indicó, esta propuesta no daba cuenta, según los pluralistas, de la existencia de lo que es el derecho, pues existen sociedades que han desarrollado sistemas sancionatorios diferentes a los occidentales. Creo que este es un punto válido de la teoría y ha logrado describir la existencia de diferentes modelos normativos, o la existencia de múltiples niveles normativos e incluso la interacción que pueden llegar a existir entre ellos. En otras palabras, no es difícil observar que el derecho en nuestros días es de carácter pluralista.<sup>49</sup>

Sin embargo, y como se ha mostrado en la sección primera de este trabajo, existen numerosos conceptos de derecho para los defensores de esta concepción. Esta imposibilidad de definición ha redundado en una necesidad de redefinir el pluralismo como teoría del derecho.

Tamahana ha realizado una crítica detallada de los problemas que se han planteado en esta corriente, tanto a nivel analítico como instrumental. Los problemas analíticos consisten en dos aspectos vinculados. El primero, entiendo no es propio del pluralismo jurídico y proviene de la imposibilidad de lograr un acuerdo sobre la definición de derecho. Los pluralistas están de acuerdo con que existen diferentes pluralidades de derechos en los diferentes sistemas sociales. Sin embargo, no han logrado ponerse de acuerdo en el significado de dicha afirmación.<sup>50</sup>

El segundo problema resulta de una aserción negativa en la que los pluralistas han logrado un conceso. No todo el derecho es derecho estatal. Si aceptamos esta proposición entonces los límites de lo jurídico empiezan a resquebrajarse hasta llegar al punto en que cualquier sistema normativo podrá ser denominado derecho.<sup>51</sup> De hecho, la posición pluralista sobre este punto consiste en afirmar que las reglas evolucionan de forma espontánea en la vida social. Esta idea de derecho vivo en la sociedad acarrea problemas ontológicos sobre el derecho.<sup>52</sup>

Tamahana plantea que los partidarios del pluralismo jurídico deben decidir si enfatizan los patrones de ordenamiento social concreto, aquello que la sociedad normalmente realiza; o se centran en la identificación institu-

<sup>49</sup> Tamahana Brian, "A non Essentialist Version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, 2000, pp.296-321.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>52</sup> Tamahana, Brian, "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 20, núm. 2, 1993, pp. 192-217.

ción y ejecución de las normas. Centrarse en la primera categoría implica recurrir en el problema antes descrito referido a la imposibilidad de determinar que patrones de sociales de conducta serían efectivamente derecho. Por su parte, si aceptan la segunda alternativa los pluralistas deben renunciar a capturar los análisis sociales descansando exclusivamente en comparaciones institucionales.<sup>53</sup>

Ocurre entonces que los problemas instrumentales son consecuencia de los problemas analíticos antes mencionados. Así resulta difícil poder establecer relaciones entre derecho y sociedad sino tenemos una definición más o menos acertada de lo que significa el primero de esos términos. A partir de allí la observación y selección de datos no puede llevarse adelante pues resulta difícil determinar los patrones relevantes a observar.

Las visiones sistémicas han contribuido de manera importante a clarificar el concepto de pluralismo al mostrar las interrelaciones que juegan distintos niveles de normas y que no necesariamente todas ellas provienen del estado. Pero estas propuestas adolecen de sus propios problemas, puesto que en términos lingüísticos encontrar el código binario legal/ilegal consiste en tratar de capturar niveles de lenguaje que no pueden ser reducidos a dichas categorías.

## VI. PERSPECTIVAS SOBRE EL CONCEPTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Encuentro que el pluralismo jurídico como teoría no ha podido sortear algunos problemas analíticos fundamentales, tal como se ha descrito en la sección anterior de este capítulo. Más allá de estos problemas entiendo que la idea de coexistencia de órdenes jurídicos es una cuestión relevante en la teoría del derecho a la hora de resolver los denominados casos complejos.

La posibilidad de que existan órdenes jurídicos diferentes en una misma sociedad no resulta en la sociedad postmoderna algo difícil que aceptar, ya en otros tiempos de la historia se dio esta coexistencia. A modo de ejemplo, dentro de los sistemas occidentales el derecho canónico y el derecho estatal coexisten y en muchos casos los efectos de uno no sustituyen los del otro.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 206-207.

<sup>54</sup> El procedimiento de anulación del vínculo matrimonial civil no produce efectos respecto del vínculo religioso cristiano. Quienes practican esta religión deben realizar un procedimiento especialmente detallado en el Código de Derecho Canónico.

El derecho posmoderno es plural y una característica esencial de éste es que no existe un principio unificador.<sup>55</sup>

En América Latina se ha dado una progresiva incorporación en los textos constitucionales de los derechos de los pueblos originarios, respetando su herencia cultural, lo que sin duda creo que incluye sus estructuras normativas.<sup>56</sup>

Ya he puntualizado en las secciones anteriores que el pluralismo jurídico cobró relevancia como un intento de explicar la existencia de sistemas de normas que surgieron luego de los procesos de colonización y que en muchos casos generó un fenómeno de trasplantes legales.

Ello fue así porque los pluralistas jurídicos suelen dirigir su atención a la existencia de sistemas de normas no occidentales, con valores que en algunos casos suelen ser diferentes a los aceptados en la sociedad occidental. De esta visión clásica parecieran desprenderse dos posibilidades para el pluralismo como teoría: a) aceptar una posición netamente descriptiva, afirmar que el derecho no es solamente el derecho estatal y mostrar las interrelaciones entre los diferentes sistemas; b) buscar algún criterio de normatividad que permita explicar las condiciones prescriptivas de diferentes órdenes jurídicos y como ellos deben ser interpretados.

Por otro lado, caracterizar el pluralismo en un sentido clásico hoy resulta cuando menos insuficiente. Si bien es cierto que el “derecho estatal” es una creación propia del desarrollo institucional de occidente, también lo es que la existencia la noción de un derecho global hace que la dicotomía derecho estatal/no estatal no alcance para explicar la realidad que nos toca vivir. Desde un punto de vista comparado entiendo que hay decaimiento del sistema de familias jurídicas que sirvieron de base para el concepto de pluralismo jurídico, a la vez que cobra más importancia el concepto de convergencia de sistemas.

De lo explicado anteriormente se desprende que resultará cuando menos incompleto conceptualizar esta corriente en términos de derechos centrales y derechos indígenas. Existen dos argumentos para sostener esta posición. Por un lado, la existencia de estudios sobre derecho no estatal, más

<sup>55</sup> Erikson, Lars, “Tendencias conflictivas en el derecho moderno”, Arnio, Aulis; Garzón Valdéz, Ernesto y Uusitalo, Jyrky (comps.) *La normatividad del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 113-125.

<sup>56</sup> Durante los años ochenta y noventa varias constituciones de A. Latina aceptaron el respeto de la identidad cultural de sus pueblos originarios (Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998, Argentina en 1994, Brasil en 1998, Guatemala en 1985 y Paraguay en 1992).



allá del derecho de las culturas indígenas, cuestión que se presenta sobre todo en los países europeos muestra un giro en la tendencia de los estudios sobre multiplicidad de sistemas legales. Por otro lado, la expansión de fuentes del derecho a fuentes no tradicionales, como ha ocurrido en América Latina con la recepción constitucional de los legados de los pueblos originarios, conlleva la necesaria reformulación de los mecanismos de razonamiento jurídico. Esta recepción implica un policentrismo de fuentes jurídicas que necesitará ser armonizado en función de los intereses a partir de los cuales fueron concebidos.

Pareciera entonces que hoy ya no resulta tan relevante la distinción entre un pluralismo jurídico radical y un pluralismo jurídico suave que concede cierta interacción con el derecho estatal. Los estados occidentales ya no son los que colonizan otras sociedades, por el contrario, los resultados de los procesos de colonización han alcanzado a los colonizadores.

Encuentro además que los estudios sobre pluralismo se acercarán bastante a los estudios sobre cultura legal.<sup>57</sup> Una teoría de la pluralidad legal debe poder explicar las condiciones para adoptar un concepto de legalidad en un momento determinado. Asimismo, debe tener en cuenta la subjetividad de los operadores jurídicos respecto de los subsistemas legales en una sociedad de acuerdo a los valores vigentes en la misma.

Creo que la contribución del pluralismo jurídico radica en ayudar a comprender los subsistemas que en alguna oportunidad pueden entrar en conflicto con el sistema estatal. La comprensión de estos sistemas permitirá elaborar reglas de interpretación que permitan armonizar los niveles de lenguaje de diferentes culturas. La comprensión de los mismos permite encontrar puntos básicos que contribuyen desarrollar nuevos conceptos legales que contengan elementos de ambas culturas.

Por otro lado, creo que el pluralismo tiene un papel importante en una reformulación de las teorías de las fuentes del derecho, de manera tal que resulte más funcional —explicativa y orientativa— de una nueva realidad

<sup>57</sup> La cultura legal ha sido entendida como: “Aquellos comportamientos que refieren a la naturaleza derecho, y a la estructura y funcionamiento del sistema legal, los cuales se encuentran arraigados históricamente en una sociedad”. Véase, Merryman, John H. y Clark, David S., *Comparative law: Western European and Latin American legal systems.*, New York, Bobs and Merrill, 1978. También ha sido conceptualizada como: “el marco de intangibles según el cual una comunidad realiza sus interpretaciones, dotándola de fuerza normativa y que en el largo plazo determina la identidad de esa comunidad”. Véase, Anthony Ogus, “The Economic Basis of Legal Culture: Network and Monopolization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, 2002, pp. 419-434. Véase además, Garoupa, Nuno y Ogus, Anthony, “A Strategic Interpretation of Legal Transplants”, *CEPR Discussion Paper* No. 4123 (2003), disponible en <http://ssrn.com/abstract=480744>.

posmoderna. Una visión plural del derecho expresa que no es una realidad para ser contemplada y descripta, sino que requiere del saber prudente que lo vaya determinando en función de circunstancias históricas cambiantes, y además, para que esa determinación sea propiamente humana y al servicio de la sociedad y sus integrantes se requiere que resulte de un discurso dialógico argumentativo.<sup>58</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de hacer mérito de esta particular dimensión fáctica con proyecciones jurídicas. Se lee en el voto conjunto de los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli:

El derecho de propiedad de los pueblos indígenas comprende el uso y goce efectivo de las mismas, pues lo contrario implicaría privarlos de practicar, conservar y revitalizar las costumbres culturales que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria, todo lo que otorga al derecho de propiedad comunal una dimensión cultural.<sup>59</sup>

Esta idea pareciera subyacer en lo que se denomina “Jurisprudencia de la diferencia” la cual favorece el estudio de las diferentes nociones de “derecho” en diferentes grupos y clases de una misma sociedad. Esta propuesta ha de gran utilidad en Europa a la hora de comprender los cambios que ha enfrentado la sociedad europea a partir los procesos migratorios de los últimos veinte años.<sup>60</sup> Los estudios sobre la coexistencia de sistemas normativos deben partir de la idea de una sociedad global con diferentes subsistemas.<sup>61</sup>

Claro que este proceso interpretativo de nuevos conceptos no implica aceptar una identidad entre unidad cultural y unidad institucional. Las culturas deben coexistir en un marco de respeto mutuo y que están dados por la democracia constitucional.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Vigo, Rodolfo, “Argumentación Constitucional”, *Suplemento Jurisprudencia Argentina* del 12/8/2009.

<sup>59</sup> *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Estado de Nicaragua*, sent. del 31/8/2001, publ. en LL 2003 C-290.

<sup>60</sup> Cotterrell, Roger. “Comparative Law and legal culture”, Reiman, Mathias y Zimmermann Reinhard (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 709- 738.

<sup>61</sup> Chiba, Masaji. “Other Phases of Legal Pluralism in contemporary World”, *op. cit.*, p. 237.

<sup>62</sup> Comanducci. Paolo “La irrelevancia moral de la diversidad cultural”, *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 30, 2007, pp. 89-94.

## VII. EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA PRÁCTICA. UN CASO PARADIGMÁTICO

Una aplicación de los conceptos teóricos desarrollados a lo largo de estas páginas pueden ponerse en práctica a través del análisis de una decisión desarrollada por el Superior Tribunal de la Provincia de Salta, en la República Argentina.<sup>63</sup> En esta sentencia existió un voto mayoritario y una disidencia cuidadosamente articulada.

El referido precedente abordó el procesamiento penal de un integrante de la comunidad “Misión Wichí” de la provincia de Salta, que resultara acusado por la violación de la hija de su concubina, de nueve años. El tribunal decidió por mayoría que la Cámara (tribunal de apelaciones) no había hecho mérito suficiente de la identidad cultural del imputado en relación a la acción tipificante del delito contenido en art. 72 del Código Penal de la República Argentina.<sup>64</sup> En el voto mayoritario se expresó:

<sup>63</sup> Sup. Trib Salta, 29/09/2006 en la causa R.J.F disponible en <http://www.justiciasalta.gov.ar/jurisprudencia-salta.php> (visitada por última vez el 9/01/12) El principio de identidad cultural en la Argentina está receptado en el art. 75 inc 17 de la Constitución Nacional de la República Argentina . En dicho artículo se establecen entre las competencias del Congreso “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos,...Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.... “Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”. Para una discusión acerca de la aplicación del principio de identidad cultural al precedente citado puede verse: Cianciardo, Juan, “Los Derechos de los Pueblos Originarios Argentinos”, Suplemento Jurisprudencia Argentina de 21/12/2011.

<sup>64</sup> Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1°. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.-

2°. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.-

3°. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.-

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.-

Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél”.-

El deber de motivación de las resoluciones judiciales exige que el juez efectúe una evaluación completa de la multiplicidad de datos existentes en la causa acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado. El procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad. Los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta”. (Del voto de los Dres. Silisque, Ayala, Posadas).

Por su parte la Dra. Garros Martínez desarrolló su pormenorizada disidencia en base a los siguientes argumentos:

Desde tal punto de vista, la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso.

El acceso carnal a menores, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuestos consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no deben dejar de aplicarse por la circunstancia de que ambos -víctima y procesado- pertenecen a la etnia wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.). La atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional, sin embargo, la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Si bien es importante la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, debe rechazarse con firmeza las distorsiones del llamado “Relativismo Cultural.”

La no aplicación de esta norma –art. 72 del CP- no implicaría el respeto a su cultura sino, por el contrario, la desvalorización discriminatoria de la misma al constituir un modo de impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un “derecho distinto” (art. 1.4 de la Convención citada). No resulta procedente la alegación de inimputabili-

dad si el acusado integra una comunidad que tiene una fluida comunicación con la cultura que la circunda y, además, el imputado durante parte de su vida se ha integrado al sistema educativo de esa cultura. (Del voto de la Dra. Garros Martínez).

En el caso resulta clara la existencia de dos sistemas normativos. El derecho estatal criminaliza la acción realizada por el acusado, mientras que la misma conducta es aceptada como natural en la tradición indígena de la cual proviene.

El fallo puede calificarse en la terminología de Griffiths un caso de pluralismo jurídico débil, pues el sistema estatal ya contempla -en estructura jerárquica de normas-, la obligación de considerar la tradición cultural del pueblo originario. Vale mencionar la tradición cultural se considera un hecho mas no un derecho, en ningún momento se menciona como integrar un sistema de normas indígenas al sistema de derecho penal argentino. En tal sentido, las ponderaciones de derecho que se hacen son entre normas del sistema argentino, incluso aquella que sirve de reenvío que se fundamenta para la consideración de la tradición aborígen.

Se observa en la terminología de Chiba, la insuficiencia de la dicotomía sistema estatal/sistema no estatal debiendo agregarse el derecho transnacional. Es a través de este último que surge la obligación para el derecho estatal de considerar la validez de la cultura y práctica legal.

El rol de los jueces es decisivo a la hora de mostrar la integración y los límites de la misma entre dos realidades sistemas culturales y legales completamente diferentes. Un detalle no menor resulta del voto de la disidencia al indicar que: *“el imputado ha tenido fluida comunicación con la cultura que lo circunda y se ha integrado al sistema educativo de esa cultura”*. Esta afirmación denota la subordinación jerárquica del sistema cultural indígena al sistema de reglas del estado positivo argentino. Por otro lado vale pensar ¿Cuál ha sido el grado de fusión que la cultura ha tenido con la tradición occidental? ¿Existe una la llamada pluralidad de sistemas normativos? Más allá de cuál sea la decisión que consideremos adoptada el razonamiento judicial de ponderación y el principio de proporcionalidad aparecen como los criterios que permiten la solución de conflictos.

El argumento dirimente en la disidencia puede encontrarse en la reacción frente al denominado “relativismo cultural”. El límite aquí se encuentra en el estado constitucional de derecho, el cual es una creación de los sistemas occidentales pero no que difícilmente pueda basarse en el derecho estatal sino más bien en el derecho transnacional.

## VIII. CONCLUSIONES

El origen del pluralismo jurídico como teoría que explicaba la dicotomía entre derecho central y derechos periféricos hoy parece no ser suficiente frente a nuevas situaciones de coexistencia de sistemas normativos dentro de los propios sistemas jurídicos occidentales.

A partir de allí el pluralismo debe redefinirse y decidir si enfatizan los patrones de ordenamiento social concreto, aquello a lo que la sociedad normalmente realiza; o se centran en la identificación institución y ejecución de las normas.

La contribución del pluralismo jurídico radica en ayudar a comprender los subsistemas que en alguna oportunidad pueden entrar en conflicto con el sistema estatal. La comprensión de estos sistemas permitirá elaborar reglas de interpretación que permitan armonizar los niveles de lenguaje de diferentes culturas. La comprensión de los mismos permite encontrar puntos básicos que contribuyen desarrollar nuevos conceptos legales que contengan elementos de ambas culturas.

En tal sentido la función del pluralismo es de conceptualización y comparación de sistemas diferentes desarrollando mecanismos que permitan armonizar diferentes niveles de lenguaje y lograr de intentar armonizar los mismos facilitando los procesos de comunicación.

Aun cuando no fue tratado en este trabajo, no puede pasarse por alto que el pluralismo como teoría requiere como toda teoría normativa de alguna apoyatura meta-ética que permita articular los valores de las distintas estructuras sociales afectadas. Por otro lado, las observaciones etnográficas deben servir como punto de partida para realizar estudios de campo dentro de las propias tradiciones occidentales. Otro campo de estudios posibles dentro del pluralismo es la relación entre el lenguaje y los diferentes sistemas de normas. Este último tipo de trabajos resulta fundamental más allá de su interés teórico por la aplicación práctica que puede tener a la hora de ponderar derechos en conflicto de diferentes sistemas normativos.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- BIX, Brian. “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 (2003).
- CHIBA, Masaji, “Other Phases of Legal Pluralism in the contemporary World”, *Ratio Juris*, vol. 5, núm. 3, 1998.
- CIANCIARDO, Juan, “Los Derechos de los Pueblos Originarios Argentinos”, *Suplemento Jurisprudencia Argentina* de 21/12/2011.

- COMANDUCCI, Paolo, “La irrelevancia moral de la diversidad cultural”, *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 30, 2007.
- COTTERRELL, Roger. “Comparative Law and legal culture”, Reiman, Mathias y Zimmermann Reinhard (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- DUPRET, Baduoin, “Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: teorías críticas y reespecificación praxiológica”, *European Journal of Legal Studies*, Issue Disponible en [www.ejls.eu/1/14ES.pdf](http://www.ejls.eu/1/14ES.pdf), visitada por última vez el 9 de enero de 2012.
- ELRICH, Eugene, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard
- ERIKSON, Lars, “Tendencias conflictivas en el derecho moderno”, en Arnio, Aulis; Garzón Valdéz, Ernesto y Uusitalo, Jyrky (comps.) *La normatividad del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997.
- GARUPA, Nuno y OGUS Anthony “A Strategic Interpretation of Legal Transplants”, *CEPR Discussion Paper No. 4123* (2003), disponible en <http://ssrn.com/abstract=480744>.
- GRIFFITHS, John, “What is Legal Pluralism”, *Journal of legal Pluralism*, vol. 24, 1984.
- HADFIELD, Guillian, “Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law”, *Journal of Comparative Economics*, vol. 36.
- LUHMAN, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- MALINOWSKY, Bronislaw, *Crime and Custom In Savage Society*, London, Routledge, 1926.
- MERRY, Sally Engle, “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 5, 1988.
- MOORE, Sally, “Law and Social Change: The semiautonomous social field as an appropriate subject of study”, *Law & Society Review*, vol. 7, núm. 4, 1973.
- NELKEN, David, “Legal Pluralism, Privatization of Law and Multiculturalism”: Eugen Ehrlich, Living Law, and plural legalities”, *Theoretical Inquiries in Law*, July 2008.
- OGUS, Anthony “The Economic Basis of Legal Culture: Network and Monopolization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, 2002).
- PATERSON, John, “Reflecting on reflexive law”, King, Michael & Thornhill Chris (ed.) *Luhman on Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing.
- POSPISIL, Leopold, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971.

- SAMUELSON, Larry, *Evolutionary Games and Equilibrium Selection*, The MIT Press, Cambridge Massachussets, 1997.
- SIERRA, María Teresa y Chenaut Victoria, “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: Las corrientes anglosajonas”, Krot, Esteban (ed.) *Antropología jurídica: Perspectivas socio culturales en el estudio del derecho*, Editorial Antrophos, Barcelona, 2002.
- SOUSA SANTOS, Bonaventura de, “Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law”, *Journal of Law and Society*, vol. 14, núm. 3, 1987.
- \_\_\_\_\_, *Reinventar la democracia, Reinventar el estado*, Sequitur, Madrid, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995.
- TAMAHANA Brian, “A non Essentialist Version of legal pluralism”, *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, 2000.
- \_\_\_\_\_, “A Vision of Social Legal change: Rescuing Ehrlich from ‘Living Law’”, *Law & Social Inquiry*, vol. 36, núm. 1, 2011.
- \_\_\_\_\_, “The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, vol. 20, núm. 2, 1993.
- TEUBNER, Gunter, “Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg”, *Law and Society Review*, vol. 18, núm. 2, 1984.
- \_\_\_\_\_, “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”, *The American Journal of comparative Law*, vol 45, núm. 1, 1997.
- \_\_\_\_\_, “Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”. *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992.
- VANDERLINDEN, Jacques, “Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique”, *Revue de la Recherche Juridique*, vol. 2, 1993.
- VÁZQUEZ, Gabriela, “La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009.” *Suplemento Jurisprudencia Argentina* de 25/11/2009.
- VIGO, Rodolfo, “Argumentación Constitucional”, *Suplemento Jurisprudencia Argentina* del 12/8/2009.
- WATSON, Alan, *The evolution of Law*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1985.